

O Inexplicável Oblívio da Prescrição e da Decadência como Fatos Jurídicos *Lato Sensu* pelo Código Civil Brasileiro

Sérvio Túlio Santos Vieira

Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça - RJ. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense - UFF. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Pós-doutorando na UMSA.

1 – INTRODUÇÃO

O presente texto aprofunda o estudo sobre a natureza jurídica da prescrição e da decadência como fatos jurídicos *lato sensu*, rechaçando o tradicional conceito de que na primeira ocorre a perda da ação atribuída a um direito ou da pretensão e que, na segunda, se dá a extinção do próprio direito. Inadmite-se a vinculação desses fatos jurídicos a institutos processuais, porfiando-se pela consagração de que elas têm o condão, no caso da prescrição, de originar a aquisição ou a perda do direito subjetivo e, na decadência, de ocasionar a perda do direito potestativo, independentemente do socorro processual. O estudo se inicia com considerações sobre o decurso do tempo nas relações jurídicas, natureza da prescrição, conceito, momento inicial da contagem do prazo, espécies, iniciativa e arguição, impedimento, suspensão e interrupção, prazos estabelecidos em lei para o exercício dos direitos subjetivos e seus efeitos. Invoca-se dispositivos legais do Código Civil de Napoleão, de 1804, do Código Civil de Vélez Sarsfield, de 1869 - inspirado no Esboço de Teixeira de Freitas - e do novo Código Civil e Comercial Argentino, de 2014, que tratam a prescri-

ção aquisitiva e a prescrição extintiva como fatos jurídicos. Enfatiza-se a prescrição contra a Fazenda Pública. Prossegue-se com anotações sobre a decadência, seu conceito, espécies, características e efeitos. Apresenta-se os consectários da prescrição e da decadência. Nas considerações finais, critica-se os Estatutos Civilísticos de 1916 e de 2002, que não dão ênfase à prescrição como fato jurídico, nem reconhecem a usucapião como prescrição aquisitiva de direito.

2 – O DECURSO DO TEMPO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS

2.1 - Breve Histórico sobre o Tempo nas Relações Jurídicas

O direito romano não reconhecia a prescrição como fato jurídico de aquisição ou de extinção de direito. Para a doutrina romana, a prescrição - tal como renomados autores ainda entendem - está intimamente jungida ao direito de propor ação judicial, causa de extinção, que decorre do seu não exercício no prazo estabelecido em lei. Com os estudos que levaram à classificação das ações quanto ao prazo para o seu exercício, o direito romano passou a dividi-las em dois grupos: as ações perpétuas (*perpetuae*) e as ações temporárias (*temporariae*). As ações, em regra, eram imprescritíveis. A prescrição em Roma só se verificava em raros casos, tendo em vista a longevidade do prazo para o exercício das ações.

Segundo José Carlos Moreira Alves, “*no sistema das ações da lei não havia prazo para que se intentasse uma ação: todas eram perpétuas*”. Para o autor, no fim do período clássico, já se admitia a arguição de *exceptio* ou *praescriptio longi temporis* pelo réu, nas ações reais, quando ele possuía “*a coisa por 10 anos, entre presentes ou 20, entre ausentes, com base em relação jurídica que pudesse justificar a aquisição do direito*”.¹ Ebert Chamoun registra que essa classificação das ações surgiu no Baixo Império e que as ações perpétuas (*actiones perpetuae*) eram as que, em princípio, prescreviam em 30 ou 40 anos e, contra a Igreja, em 100 anos. “*As ações temporárias (actiones temporales) prescrevem geralmente em um ano. Essa distinção data de uma constituição de Teodósio II, de 424,*

1 **Direito Romano**, 14. ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2010, p. 247.

a qual introduziu no direito romano o instituto da prescrição extintiva, de origem helênica”.²

A prescrição trintenária, isto é, a *praescriptio longissimi temporis* também foi adotada pelo direito romano. Por essa espécie de prescrição, extinguíam-se todas as ações reais e pessoais. Há notícia de que a prescrição longíssima restou perfilhada após o reconhecimento da *praescriptio longi temporis*, vale dizer, a prescrição com prazo reduzido que extinguia a ação em dez ou em vinte anos, de conformidade com o direito justiniano. Anota Washington de Barros Monteiro: “Foi Justiniano quem refundiu completamente o instituto, destacando sua dupla face, aquisitiva e extintiva, sendo a primeira modo de adquirir a propriedade pela posse prolongada, e a segunda, meio pelo qual alguém se libera de uma obrigação pelo decurso do tempo”.³

Na Antiguidade, no direito de Justiniano, houve o reconhecimento da prescrição aquisitiva como modo de convolar a posse em propriedade. No tocante à prescrição extintiva, vinculava-se o fato extintivo à perda do direito de ação. Decorrido o prazo para o seu exercício, tornava-se impossível obter o cumprimento do dever jurídico. O titular não dispunha de qualquer meio extrajudicial para exercer o direito e ver cumprido o dever jurídico.

A edição do Código de Napoleão, em 1804, logo após a consolidação da Modernidade pela Grande Revolução, de 1789, mesmo com a consagração das duas espécies de prescrição, manteve a vinculação da prescrição ao exercício do direito de ação. A vetusta redação do considerado *ancien article 2262 du Code Napoléonien*, dispunha: “*Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soi obligé d’en rapporter un titre, ou qu’on puisse lui opposer l’exception déduite de la mauvaise foi*”. Com a promulgação de la Loi 2008-561, du 17 juin 2008, na Era Contemporânea ou Hipermoderna, dá-se o abandono da vinculação do fato extintivo à propositura da ação e da prescrição *longissima temporis* (trintenária). O sobredito preceptivo legal é substituído pelo art. 2.219, com a proclamação da autonomia do fato extintivo, sem vinculá-lo ao direito de ação, como se analisará. Ele afasta o decurso do prazo de trinta anos para decretar a consumação da prescrição e admite que este fato jurídico extingue o direito.

² *Instituições de Direito Romano*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 117.

³ *Curso de Direito Civil*, Parte Geral, v. 1, 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 286.

2.2 - O Decurso do Tempo como Lastro da Prescrição

As relações jurídicas não podem se eternizar. Como todas as relações, ainda que estabilizadas e duradouras, vergam-se ao decurso do tempo, submetendo-se ao termo certo, *dies certus quando*, ou ao termo incerto, *dies incertus quando*, como ocorre com a morte da pessoa natural. Todos os direitos subjetivos e grande parte dos direitos potestativos - malgrado os primeiros contem com dever jurídico a ser cumprido e os derradeiros não - devem se sujeitar a um prazo razoável para o seu exercício, sob pena de perpetuação da sua duração. Se assim não fosse, eles teriam existência mais duradoura do que a existência da pessoa física.

Para que o exercício dos direitos não se eternize, a lei estabelece prazo para o titular assumir comportamento positivo, com a ressalva do exercício dos direitos puramente potestativos - impropriamente chamados de imprescritíveis - consagrando que ele tem o ônus de agir comissivamente para protegê-los. Quando deixa de fazê-lo, o decurso do tempo se encarrega de transferir o direito para o patrimônio de outrem ou de extingui-lo, impedindo que o seu titular jamais possa exercê-lo, seja por que via for.

Enquanto não ocorre o implemento do termo resolutivo ou final para que exija o cumprimento do dever jurídico, o titular do direito subjetivo há que assumir conduta comissiva dentro do prazo estabelecido em lei. Deve entregar-se ao *facere* no tempo designado pelo diploma legal que trata do seu direito subjetivo. Se não o faz, repita-se, assiste sua aquisição por aquele que tinha o dever jurídico de se abster do exercício da posse sobre a coisa da qual é titular ou perde os efeitos do direito subjetivo que decorreriam em seu prol.

O decurso do tempo é o fundamento para o fato jurídico em que se adquire ou se extingue direito subjetivo. Trata-se de arremedo de sanção imposta pela norma jurídica que estabelece prazo para o seu exercício. O transcurso do tempo é a advertência inscrita no preceptivo legal de que o direito do titular será adquirido por outrem, se ele não tomar uma providência que demonstre o seu exercício, ou que ocorrerá sua extinção, com a perda dos efeitos que reverteriam em seu favor.

Como adiante se verá, além de estabelecer prazo para o exercício do direito, a lei, em reverência deste, motiva o titular a assumir condutas que revelem vontade de não deixá-lo extinguir, colocando à sua disposi-

ção causas interruptivas da prescrição, através de simples providências que enumera. Se pelo menos assim procede, afasta o decurso do prazo que serve de lastro à consumação da prescrição extintiva do direito.

3 – SOBRE A PRESCRIÇÃO

3.1 - A Equivocada Vinculação da Prescrição ao Direito de Ação

Ao tempo da vigência do Digesto Civil de 1916, renomados juristas, dentre eles Clóvis Beviláqua, J. M. de Carvalho Santos, Miguel Maria de Serpa Lopes, Washington de Barros Monteiro, Sílvio Rodrigues, Antonio Luiz da Câmara Leal e Maria Helena Diniz, prelecionavam que a prescrição consiste na “perda da ação atribuída a um direito”, em decorrência da inércia do titular, durante certo lapso de tempo. Seus estudos foram influenciados, *data venia*, pela equivocada norma insculpida no art. 178.

Beviláqua, integrante dessa corrente, sustentava que “*prescrição é a perda da acção atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dellas, durante um determinado espaço de tempo*”.⁴ Carvalho Santos enfatizava que a prescrição “*pode definir-se como sendo um modo de extinguir os direitos pela perda da ação que nos assegurava, devido à inércia do credor durante um decurso de tempo determinado pela lei e que só produz seus efeitos, em regra, quando invocada por quem dela se aproveita*”.⁵ Serpa Lopes afirmava: “*Como já havíamos sustentado na 1ª edição, não temos motivos para modificar nosso parecer, contrário à opinião comum: a prescrição atinge a ação e não o direito*”.⁶ Barros Monteiro, no mesmo sentido de Beviláqua, registrava que “*com efeito a prescrição atinge diretamente a ação e por via oblíqua faz desaparecer o direito por ela tutelado...*”.⁷ Seguindo a mesma linha, Sílvio Rodrigues anotava: “*o que perece, portanto, através da prescrição extintiva, não é o direito. Este pode, como ensina Beviláqua, permanecer por longo tempo inativo, sem perder sua eficácia. O que se extingue é a ação que o defende*”.⁸

4 *Theoria Geral do Direito Civil*, 5. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1951, p. 370.

5 *Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. III, 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 371.

6 *Curso de Direito Civil*, v. I, 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 560.

7 *Curso de Direito Civil*, Parte Geral, v. I, 31. ed. São Paulo, Saraiva, 1993, p. 288.

8 *Direito Civil*, v. 1, Parte Geral, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 321.

Câmara Leal, apesar do seu aprofundado trabalho acerca do tema, abraçou a doutrina romana registrando: *“Não é, pois, contra a inércia do direito, mas contra a inércia da ação que a prescrição age, a fim de restabelecer a estabilidade do direito, fazendo desaparecer o estado de incerteza resultante da perturbação, não removida pelo seu titular”*.⁹ Maria Helena Diniz, na esteira de Câmara Leal, aduz: *“O que caracteriza a prescrição é que ela visa a extinguir uma ação mas não o direito propriamente dito”*.¹⁰

Orlando Gomes apresentou um conceito intermediário, admitindo a extinção do direito pela prescrição, sem desvincular o fato extintivo do direito de ação. Para ele, *“prescrição é o modo pelo qual um direito se extingue pela inércia, durante certo lapso de tempo, do seu titular, que fica sem ação própria para assegurá-lo”*. Contudo, ao tratar da distinção entre prescrição e decadência, sem enfatizar a espécie de direito que é extinto, perfilhou a tradicional diferença, afirmando que *“a prescrição visa a ação, enquanto que a decadência tem em mira o direito”*.¹¹ No mesmo sentido, Arnaldo Wald quando anuncia que *“a base da prescrição extintiva é a inércia do titular do direito durante um certo prazo, que é fixado por lei e cujo decurso importa perda da ação judicial própria”*.¹²

Após a vigência do Código Civil de 2002 - em que o legislador se refere à perda da pretensão no art. 189 - outros não menos renomados juristas continuaram a conceituar a prescrição como faziam os sobreditos autores ou passaram a conceituá-la consoante o disposto na sobredita norma. Arnaldo Rizzardo, *exempli gratia*, prossegue com a conceituação tradicional, enfatizando: *“verdade que se extingue somente a ação, continuando a vigorar o direito, mesmo que em estado latente, com a possibilidade de, até, em vários casos, voltar a atuar. Extinguindo-se a ação, o direito resta sem tutela legal”*.¹³ No mesmo sentido, Paulo Nader: *“pode-se definir a prescrição extintiva como a perda do direito de ação em decorrência da inércia do seu titular, durante certo lapso temporal superior ao estabelecido em lei”*.¹⁴ Carlos Roberto Gonçalves apresenta conceito que se afina com a vinculação da prescrição à pretensão: *“hoje, no entanto, predomina o entendimento, na moderna doutrina, de que a prescrição*

9 Da Prescrição e da Decadência, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 10.

10 Curso de Direito Civil Brasileiro, 1º v. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 194.

11 Introdução ao Direito Civil, 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. 527 e 536.

12 Direito Civil, Introdução e Parte Geral, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 226.

13 Parte Geral do Código Civil, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 588.

14 Curso de Direito Civil, Parte Geral, v. 1, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 450.

*extingue a pretensão, que é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio. O direito material, violado, dá origem à pretensão (CC, art. 189), que é deduzida em juízo por meio da ação. Extinta a pretensão, não há ação. Portanto, a prescrição extingue a pretensão, atingindo também a ação. O instituto que extingue somente a ação (conservando o direito material e a pretensão, que só podem ser opostos em defesa) é a perempção”.*¹⁵

3.2 - A Natureza Jurídica e o Conceito de Prescrição como Fato Jurídico

No quadro geral dos fatos jurídicos *lato sensu* figuram os acontecimentos naturais e as ações humanas. Os acontecimentos naturais, como o próprio nome está a indicar, decorrem da natureza sem que haja interferência do ser humano. As ações humanas são provenientes da conduta do indivíduo. Ambos têm o condão de produzir efeitos jurídicos (aquisição, resguardo, transferência, modificação ou extinção de direitos). Dentre os primeiros, chamados de fatos jurídicos *stricto sensu*, podem ser ressaltados o nascimento, a morte, a avulsão, a aluvião, a formação de ilhas e o abandono do álveo.

As ações humanas podem ser lícitas, ilícitas e inerciais. As ações humanas lícitas se subdividem em atos jurídicos e negócios jurídicos. Dentre os atos jurídicos figuram, *exempli gratia*, a caça, a pesca, a especificação, a comistão e a adjunção. Nos negócios jurídicos estão os contratos, a emancipação negocial, a cessão de crédito, o casamento, a união estável, a condução gratuita, a transação, a promessa de recompensa, a cessão e a renúncia da herança, o testamento, o codicilo, além de outros. No cenário das ações ilícitas estão as infrações penais, disciplinares, os atos ilícitos em geral, tais como os administrativos, civis, trabalhistas, previdenciários ou fiscais. No quadro das ações inerciais ou das inações figuram dois fatos jurídicos em sentido amplo: a prescrição e a decadência.

O Código Civil de 1916 dispôs sobre os efeitos dos acontecimentos naturais ou das condutas humanas. Acenava para o fato de que não se cogitando de ato ilícito, qualquer um daqueles efeitos poderia ser emoldurado como relevante conseqüência de acontecimento natural ou de comportamento humano, fatos traduzidos em galhos da grande árvore dos

¹⁵ **Direito Civil Brasileiro**, v. 1, Parte Geral, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 518.

fatos jurídicos (em sentido amplo). O diploma civilístico da Modernidade encartou a prescrição e a decadência - sem a esta se referir - nos fatos jurídicos *lato sensu*, como se vê da leitura dos arts. 161 e ss., que compunham o Título III, do Livro III, da Parte Geral.

O art. 81 dispunha: “*tudo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos se denomina ato jurídico*”. Mesmo denominando o negócio jurídico de ato jurídico, não se olvidou de proclamar os efeitos dos fatos jurídicos em sentido amplo, através de verbos que podem ser utilizados como substantivos: aquisição, resguardo, transferência, modificação e extinção de direitos. O exame apriorístico do sobredito preceptivo legal deixa consagrar que em se cogitando de conduta lícita (comissiva ou omissiva) - como é o caso da prescrição e da decadência que são frutos de um comportamento inercial não contrário ao direito - ambas, ainda que emolduradas como fatos jurídicos *lato sensu*, poderiam ter sido desvinculadas dos postulados processuais.

Ainda que sem reconhecer a autêntica origem da prescrição, o diploma civilístico ab-rogado, vez ou outra se apresentava coerente com o encarte da prescrição dentre os fatos jurídicos, divorciando-se momentaneamente do equivocado registro de “prescrição da ação”, proclamando o seu poder de extinguir o direito, como se vê da leitura dos arts. 166, 167 e 1.531, *in fine*. Esses preceptivos legais consagram que a prescrição tem o condão de extinguir o direito e não a ação. Aquelas normas representavam a maior consagração de que o legislador - em instantes de lucidez - admitia a verdadeira natureza jurídica da prescrição. A regra geral do art. 178, noticiando que “*prescreve em ... a ação*”, se traduzia em simples mensagem de fixação de prazo específico para o exercício de determinado direito subjetivo - sem se preocupar com o correto uso das palavras técnicas - na tentativa de informar ao leitor, pelo menos, que se tratava de um fato extintivo, se o seu titular não assumisse um comportamento comissivo.

O Código Civil de 1916 não conceituou a prescrição. A primeira norma referente ao fato extintivo do direito tratava da renúncia, no art. 161, ainda que encartando a prescrição no Título III, do Livro III, da Parte Geral, denominado “Fatos Jurídicos”, que se iniciava no art. 74. A apresentação da prescrição como fato extintivo se dava com o art. 177, que estabelecia os prazos para exercício dos direitos subjetivos de caráter pessoal ou real, entre presentes e entre ausentes, contados do dia em que a “ação” podia ser proposta. Tal como ocorre com o Código Civil de 2002, o Título III do

Estatuto Civil de 1916 não fazia qualquer alusão à prescrição aquisitiva ou usucapião, sempre olvidada como tal, ao reverso de legislações alienígenas.

Na tentativa de melhor conceituar a prescrição, o Código Civil de 2002 estatui no art. 189 que, *“violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”*. A nova redação se esforça para aproximar a prescrição do fato extintivo. Não consegue, porém, aproximá-la da sua natureza jurídica, vinculando seu conceito à perda da pretensão, mantendo a prescrição distante da sua origem. O jovem ordenamento civilístico ratificou a inclusão da prescrição nos “Fatos Jurídicos” (Título IV, do Livro III, da Parte Geral), mas lamenta-se ter perdido a oportunidade para corrigir a equivocada vinculação a instituto processual, *id est*, a pretensão.

Desde a vigência do Código Civil de 1916, um grupo de juristas conceitua a prescrição e a decadência com acerto, desvinculando-a de qualquer instituto processual. Esse grupo é constituído por Francisco Clementino de San Tiago Dantas, Caio Mario da Silva Pereira, Francisco dos Santos Amaral Neto, Fábio Ulhoa Coelho, Ebert Chamoun e José Roberto de Castro Neves. Eles não hesitam em apresentar a prescrição e a decadência como fatos jurídicos e advertem que a primeira acarreta a aquisição ou a perda de direito subjetivo e a segunda a perda de direito potestativo.

San Tiago Dantas afirma que *“deixamos de dizer que a prescrição consome a actio e passamos a dizer que consome o próprio direito”*.¹⁶ Caio Mário se refere à prescrição como fato jurídico que tem como corolário a perda do direito. Segundo ele *“perda do direito, dissemos, e assim nos alinhamos entre os que consideram que a prescrição implica em algo mais do que o perecimento da ação”*.¹⁷ Na mesma linha do escorreito pensamento jurídico, Francisco Amaral sustenta que a *“prescrição é a perda do direito subjetivo em virtude da inércia do seu titular no prazo fixado pela lei”*.¹⁸

Fábio Ulhoa Coelho, depois de afirmar que a extinção do direito em razão do decurso do prazo é referida, em termos gerais, como prescrição, diz que tanto ela quanto a decadência *“reúnem os mesmos elementos: inércia do sujeito em exercer o direito (fator subjetivo) e decurso do tempo fixado em lei (fator objetivo)”*. E, reconhecendo que são fatos extintivos do direito, conclui: *“presentes os dois fatores acima apontados - inércia*

¹⁶ Programa de Direito Civil, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 343.

¹⁷ Instituições de Direito Civil, v. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 589.

¹⁸ Direito Civil Brasileiro, Introdução, Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 619.

do titular e decurso do tempo - extingue-se o direito por prescrição ou decadência”.¹⁹ Ebert Chamoun, ao tratar da aquisição e perda de direitos, destaca: “o tempo é, simultaneamente, um fato aquisitivo e extintivo de direitos. Prescrição é o nome que se dá aos efeitos do tempo nas relações jurídicas. Se esses efeitos são aquisitivos de direitos, a prescrição se chama aquisitiva ou usucapião; se são extintivos, a prescrição se chama extintiva”.²⁰ Castro Neves enfatiza: “conclui-se, portanto, que a prescrição está intimamente ligada ao direito subjetivo. Caso o prazo fixado na lei para o exercício do poder transcorra, sem que o titular do direito subjetivo exija o cumprimento do dever, haverá a prescrição”.²¹

O mais vetusto diploma civilístico, ou melhor, o *Code Civil*, promulgado na Era Moderna, em vigor desde 1804, na última *édition officielle*, du 30 août 1816, consoante *les dispositions transitoires résultant de la Loi n° 2008-561, du 17 juin 2008* - agora convolado em diploma civilístico da Era Hipermoderna - mantém o escoreito conceito de prescrição no referido art. 2.219: “*La prescription extinctive est un mode d’extinction d’un droit résultant de l’inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps*”. Outros diplomas civilísticos editados nas Eras Moderna e Pós-moderna devem ser reverenciados, uma vez que apresentam conceitos doutrinariamente corretos.

Sobre o tema, o *Código Civil de la República Argentina, Ley 340, de 29/9/1869*, inspirado no Esboço de Teixeira de Freitas, merece elogio. Dispõe o art. 3.947 que a prescrição se traduz em modo de aquisição de um direito ou de liberação de uma obrigação, como corolário do decurso do tempo: “*Los derechos reales y personales se adquieren y se pierden por la prescripción. La prescripción es un medio de adquirir un derecho o de libertarse de una obligación por el transcurso del tiempo*”. O novo *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (Ley 26.994, de 07/10/2014)* não se refere à prescrição como fato extintivo da pretensão. No art. 2.532 estabelece que, na ausência de normas referentes à prescrição aquisitiva e à prescrição liberatória, são aplicáveis as normas das Disposições Comuns aos Direitos Reais e Pessoais.

O Código Civil Italiano, da mesma forma, se credencia a receber encômios, ao estatuir no art. 2.934: “*ogni diritto se estingue por prescri-*

19 *Curso de Direito Civil*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 372-373.

20 *Instituições de Direito Romano*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 79.

21 *Uma Introdução ao Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 183.

zione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge". E ainda a Lei nº 67/2007, de Portugal, que cuida da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas: "O direito à indemnização por responsabilidade civil extracontratual do Estado, das demais pessoas jurídicas colectivas de direito público e dos titulares dos respectivos órgãos, funcionários e agentes, bem como o direito de regresso prescrevem nos termos do artigo 498º do Código Civil, sendo-lhes aplicável o disposto no mesmo Código em matéria de suspensão e interrupção da prescrição".

Cumprindo observar que os Diplomas Civilísticos francês, argentino e italiano, bem como a lei civil portuguesa, não vinculam o fato jurídico a institutos de direito processual. Não há referência à perda da ação ou da pretensão quando se procede à leitura dos indigitados preceitos legais, ao reverso do que equivocadamente ocorre com as Leis Cíveis brasileiras de 1916 e de 2002, desprezando os conceitos e definições consagrados durante anos por tradicionais e por novas leis civilísticas. Mister não olvidar que prescrição é fato jurídico.

Considerando que os efeitos jurídicos se traduzem em aquisição, resguardo, transferência, modificação e extinção de direito, a prescrição tem natureza jurídica de fato jurídico em sentido amplo. Em decorrência do comportamento inercial do titular do direito e do decurso do tempo, haverá sua aquisição por outrem ou sua perda. O decurso do tempo e a conduta inerte do titular do direito - que não o prestigia, por meio de seu exercício, em desfavor daquele que está vinculado a cumprir o dever jurídico - são os responsáveis pela eclosão do fato jurídico aquisitivo ou extintivo do direito.

A conduta inercial não se traduz em fenômeno natural. O "não atuar", ainda que omissivo, se traduz em comportamento humano. Não advindo da força da natureza, a prescrição não pode ser emoldurada como fato jurídico *stricto sensu*. Mais adequado enquadrá-la como fato jurídico *lato sensu*, uma vez que se cogita de ato lícito decorrente da vontade do titular do direito de se manter inerte enquanto flui o tempo para o seu exercício.

Adentrando um pouco mais na investigação, verifica-se que desvincular a prescrição de qualquer instituto processual é o mais adequado para emoldurá-la como fato jurídico *lato sensu*. Isto porque é o decurso do tempo e não a ausência de ingresso em juízo que acarreta a aquisição ou a extinção do direito. Não se vê como confundir direito subjetivo com direito de ação.

A lei põe à disposição do titular do direito subjetivo prazo para o seu exercício. Este pode se efetuar pela via extrajudicial ou judicial. Relevante que ele o exerça e não se quede inerte, assumindo comportamento positivo, para que não venha a ocorrer a liberação do dever jurídico. Assim, conceitua-se a prescrição como “o fato jurídico em que se adquire ou se extingue direito subjetivo, em virtude do fluxo do tempo e da inércia do titular”.²²

O principal efeito da prescrição é a aquisição ou a perda de direito subjetivo. Descabe falar em perda da ação, fato jurídico processual, ou mesmo em perda da pretensão, igualmente de índole processual. A ação é direito público subjetivo processual, autônomo e abstrato – corolário de uma pretensão insatisfeita – de exigir do Estado a prestação jurisdicional em caso concreto, que pode ou não corresponder a um direito. Também não cabe dizer que prescrição é perda da pretensão.

Falar em perda da pretensão é estabelecer vínculo entre o fato extintivo do direito e a perda do direito de ação exercido através do pedido (*res in judicio deducta, pretensio, petitum*), ou seja, o que o autor pretende obter na via judicial através do exercício do direito de ação. Ação e pretensão são institutos de direito processual.

É bem verdade que a pretensão se revela como a exteriorização do direito subjetivo. Consiste no fato de o seu titular querer que o sujeito passivo venha a cumprir o dever jurídico fora ou dentro do ambiente processual. Representa a vontade lançada no mundo jurídico de vê-la satisfeita quer pela via extrajudicial, quer pelo acesso à justiça. Entrementes, apresenta-se mais afinada com a exigência judicial, haja vista o sentido técnico da palavra *pretensio*. Rejeita-se essa dependência porque o direito subjetivo, como se verá adiante, pode ser exercido por meios extrajudiciais.

O direito subjetivo é aquele que à faculdade de agir do titular corresponde um dever jurídico. O dever jurídico integra a relação jurídica, cujo titular é o detentor do direito subjetivo. Corresponde, no sentido oposto, ao direito do titular. São os seguintes exemplos: a) numa relação jurídica de crédito, o sujeito ativo é titular do direito subjetivo e o sujeito passivo é o agente que tem o dever jurídico de pagar (arts. 304 e ss. do Código Civil); b) ocorrendo acidente de trabalho o segurado tem direito subjetivo de exigir do INSS o pagamento das prestações dos benefícios

22 SANTOS VIEIRA, Sérgio Túlio. “Dos Fatos Extintivos do Direito: Prescrição, Decadência, Preclusão e Perempção”, *Livro de Estudos Jurídicos*, n. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, p. 229.

correspondentes, enquanto que a autarquia federal tem o dever jurídico de efetuar-lo (arts. 18, I, h, 19 e ss. da Lei nº 8.213/91).

Analisando os sobreditos exemplos vê-se que a prescrição não é a extinção da ação e sim do próprio direito (subjeto), vale dizer, que a ele corresponde um dever jurídico. Dizer que a prescrição é a perda da ação ou da pretensão é adotar a teoria imanentista ou civilista da ação, no direito processual desde há muito ultrapassada pela teoria do direito autônomo e abstrato de Degenkolb.

O direito positivo - toda vez que leva em conta o seu verdadeiro conteúdo - consagra que a prescrição é a extinção do direito e não da pretensão, como acontece com os seguintes preceptivos legais: a) art. 2.027, parágrafo único, do Cód. Civil, que trata da prescrição do direito de anular a partilha; b) art. 810, *in fine*, do Cód. Proc. Civil de 1973, que cuida do indeferimento da medida cautelar, estabelecendo que o pronunciamento jurisdicional nesse sentido não impede a propositura da ação principal, salvo se no processo cautelar o juiz *“acolher a alegação de prescrição do direito do autor”*; c) art. 103, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91, que versa sobre a prescrição quinquenal do direito do segurado de exigir prestações não pagas, nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes; d) o art. 1º - C da Lei nº 9.494/97, que estabelece o prazo de cinco anos para o exercício do direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Contra o conceito de que a prescrição extingue o direito subjetivo e não a ação insurgem-se doutrinadores. Argumentam que se a assertiva fosse verdadeira poderia haver repetição de indébito quando o devedor solvesse obrigação prescrita. Para refutar a crítica, argumente-se que o devedor, quando assim procede, renuncia à prescrição. O sujeito passivo solve a dívida não por dever jurídico e sim por dever moral, com arrimo no imperativo categórico kantiano. Melhor comungar com o art. 2.538 do novo Código Civil e Comercial da Nação Argentina, Lei nº 26.994, de 2014: *“El pago espontáneo de una obligación prescripta no es repetible”*.

3.3 - Momento Inicial

O momento inicial da prescrição é aquele em que o direito subjetivo vem a ser negado, vale dizer, no instante em que ocorre o descumprimento.

mento do dever jurídico. O dito momento é chamado de lesão do direito subjetivo. Por ocasião do surgimento da lesão, isto é, no instante em que o cumprimento do dever jurídico não é obtido pelo titular do direito subjetivo, inicia-se a prescrição. Tem-se o seguinte exemplo: Carol é titular de um crédito (direito subjetivo de exigir-lo) que tem como devedora Margarida (dever jurídico de pagar). O não pagamento do crédito pela devedora na data do seu vencimento acarreta a lesão. A partir desse momento se inicia a contagem do prazo prescricional.

Se o titular do direito subjetivo não assume comportamento positivo e cruza os braços, deixando passar o tempo, a lesão convalesce em favor do protagonista que tem o dever jurídico. Vale dizer que o convalescimento da lesão se dá em prol do sujeito passivo da relação jurídica, liberando-o do dever jurídico correspondente. Consequentemente, pode ser dito que a prescrição é a convalescença da lesão dos direitos subjetivos.

O prazo prescricional é contado em prol do sujeito passivo da relação jurídica, ou seja, daquele que tem o dever jurídico e em desfavor de quem é titular do direito subjetivo. Só o direito subjetivo está sujeito à lesão. Na decadência não há lesão, porque se traduz em corolário do não exercício de direito potestativo, vale dizer de uma faculdade de agir sem correspondência de dever jurídico. No direito potestativo nenhum dever jurídico é negado ao seu titular.

O direito subjetivo se apresenta como uma moeda, que tem cara e coroa. A cara é o direito subjetivo em si; a coroa, o dever jurídico. O direito potestativo, só tem cara, haja vista que, inexistindo dever jurídico, não há coroa.

3.4 - Espécies

A inércia do titular pode resultar na aquisição ou na perda do direito subjetivo por outrem, daí a prescrição se apresentar como aquisitiva ou extintiva. Quando se dá a aquisição de direito real pertencente a outrem, através do exercício prolongado da posse, há prescrição aquisitiva. Quando o direito subjetivo é simplesmente extinto, há prescrição extintiva.

A prescrição aquisitiva ou positiva é também conhecida como usucapião. Cogita-se da perda de direito subjetivo real - propriedade, enfiteuse, superfície, direito do promissário comprador, concessão de direito real de uso - pelo titular, que não exerce posse sobre seu bem, ocorrendo

a aquisição de um daqueles direitos reais pelo possuidor, através do exercício prolongado do poder de fato. Nessa espécie de prescrição ocorre a conversão da posse, via de regra, em propriedade pelo seu exercício prolongado, que gera o efeito jurídico ressaltado, observados os requisitos estabelecidos em lei.

Na prescrição positiva, a inércia é de quem deveria exercer posse sobre o direito real do qual é titular, deixando que outrem - que não lhe é subordinado e com quem não mantém relação jurídica - a exerça. O titular do direito deixa entender que não mais lhe interessa ser proprietário do bem. A prescrição aquisitiva ou usucapião é modo de aquisição da propriedade e de outros direitos reais, de acordo com o que dispõem os arts. 1.238 a 1.244, 1.260 a 1.262 do Cód. Civil. Pode ser arguida em defesa pelo possuidor não proprietário, nas ações possessórias e petitórias, quer na contestação, quer através de reconvenção (Súmula 237, do Supremo Tribunal Federal; art. 7º da Lei nº 6.969/81).

Se o tradicional conceito de prescrição, consagrando que é a “perda da ação atribuída a um direito” estivesse correto, como sustentado pelos doutrinadores antes mencionados, a usucapião, vale dizer, a prescrição aquisitiva na sua única forma, não existiria, havendo lugar, apenas, para a prescrição extintiva. Na usucapião, não se deve olvidar, há fato jurídico de aquisição, pelo possuidor, do direito de propriedade de outrem. Diz o art. 712 do Código Napoleônico: *“la propriété s’acquiert aussi par accession ou incorporation et par prescription”*.

O *Code Civil*, de conformidade com a Lei 561, de 17 de junho de 2008, dispõe no art. 2.258 sobre a prescrição aquisitiva nos seguintes termos: *“La prescription acquisitive est un moyen d’acquérir un bien ou un droit par l’effet de la possession sans celui qui allègue soit obligé d’en rapporter un titre ou qu’on puisse lui opposer l’exception déduite de la mauvaise foi”*. O Código Civil da República Argentina, *Ley* 340, de 29/9/1869, não se olvidou de tratar da prescrição aquisitiva no art. 3.948: *“La prescripción para adquirir, es un derecho por el cual el poseedor de una cosa inmueble, adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión, durante el tiempo fijado por la ley”*. Igualmente, o *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina* (*Ley* 26.994, de 07/10/2014), estatui no art. 1.897: *“La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley”*. Por fim, ratificando a assertiva de que na prescrição se dá a aquisição de direito, o novel Diploma Civilístico Argentino, ao tra-

tar das *Disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y adquisitiva*, dispõe no art. 2.565: “*Los derechos reales principales se pueden adquirir por la prescripción en los términos de los artículos 1897 y siguientes*”.

A prescrição aquisitiva requer: a) *res habilis*, isto é, que o bem esteja *in commercium* (art. 2.260 do Código Civil Francês; art. 3.952 do Código Civil Argentino de 1869); b) posse exercida sobre o bem do titular do domínio com cinco características, vale dizer, *animus domini* (pública ou ostensiva), independente ou não contratual, mansa e pacífica (justa), ininterrupta e sem oposição (arts. 2.261 e 2.266 do Código Civil Francês; art. 1.900 do Código Civil e Comercial Argentino de 2014); c) decurso do prazo estabelecido em lei para a espécie de prescrição (arts. 1.238 e ss. do Código Civil Brasileiro; art. 2.272 do *Code Napoléonien*; arts. 3.999, 4.015 e 4.016 do Código Civil Argentino; arts. 1.898 e 1.899 do Código Civil e Comercial Argentino; d) expedição do decreto judicial reconhecendo sua convalidação em propriedade (arts. 941 e 945 do Código de Processo Civil de 1973; art. 1.905 do Código Civil e Comercial Argentino; e) transcrição da sentença no Serviço de Registro da circunscrição imobiliária onde o imóvel se situa (art. 167, I, nº 28, da Lei nº 6.015/73). No que atine ao prazo de exercício, o possuidor pode unir sua posse à do seu antecessor, de acordo com o estatuído nos arts. 1.243 do Código Civil Brasileiro, 2.265 do Cód. Civil Francês e 1.901 do Código Civil e Comercial Argentino de 2014.

No caso brasileiro, o Código Civil de 2002 - tal como ocorria na vigência do Estatuto Civil de 1916 e ainda ocorre na vigência de leis ordinárias - não utiliza a expressão *prescrição aquisitiva*. Há um injustificável repúdio do legislador em reconhecer essa espécie de prescrição como fato jurídico aquisitivo do direito, consagrando ele próprio, inexplicavelmente, que só há uma espécie de prescrição: a extintiva, vinculando-a, no mencionado art. 189, à perda da pretensão, apesar de aludir à usucapião como modo de aquisição da propriedade nos arts. 1.238, ss., 1.260 e ss.

Ao proclamar - no preceptivo inaugural do Título referente à prescrição - que ocorre a extinção da pretensão depois de violado o direito, se o titular deixa de observar os prazos fixados nos arts. 205 e 206, o Estatuto Civil de 2002 se posiciona na contramão das legislações que seguem a classificação doutrinária e tratam dos efeitos das duas espécies de fatos jurídicos em sentido amplo. O jovem diploma civilístico trata da usucapião, apenas, na Parte Especial. Não se refere à prescrição aquisitiva na Parte Geral, nem a reconhece como tal no Livro III, atinente aos Direitos das Coisas. Atesta o seu descuido no trato de relevante instituto.

Além disso, dá a impressão a quem lê sobre a usucapião que se trata tão só de *modus acquisitionis* da propriedade e que não se emoldura dentre os efeitos da posse pela vetustez do seu exercício sobre o bem do proprietário, nem se cogita de prescrição aquisitiva de outros direitos reais. Com essa omissão, O Código Civil vigente se posiciona em plano inferior aos Estatutos Civilísticos que reconhecem as duas espécies de prescrição, encartando-as, implicitamente, dentre os fatos jurídicos *lato sensu*.

A prescrição aquisitiva é a demonstração maior e a assertiva final de que na prescrição não se perde a ação, nem se extingue a pretensão e sim se adquire direito, *in casu*, subjetivo. Ao titular do direito real compete assumir um comportamento positivo, impedindo que o possuidor - que tinha o dever jurídico de se abster - exerça direito e poder de fato sobre o bem. No entanto, se não o faz, perde o direito real para ele, que, por sua vez, o adquire pela posse prolongada.

Observa-se que o possuidor deveria se pautar pela observância do dever jurídico de abstenção de exercer posse sobre o direito real alheio, uma vez que essa espécie de direito é absoluto, sem sujeito passivo determinado, além de ser imposto *erga omnes*. O titular, por sua vez, deveria lançar mão de um dos meios judiciais para impedir, comumente, a convocação da posse em propriedade, como, *exempli gratia*, propor ação reivindicatória ou ação de reintegração de posse, por haver suportado violação ao seu direito real. Ao ser convocada a posse em propriedade, em decorrência do seu titular assumir comportamento omissivo, a prescrição em comento produz, concomitantemente, dois efeitos jurídicos: a perda da propriedade para o *dominus* e sua aquisição pelo possuidor.

Qualquer que seja sua espécie, a prescrição aquisitiva ou usucapião pode ser arguida como matéria de defesa, sendo processualmente conhecida como preliminar de mérito. Cogitando-se de defesa, a prescrição deve ser alegada no mesmo prazo estabelecido em lei para o exercício do direito subjetivo. Apesar de não utilizar as palavras adequadas, esforça-se o art. 190 do Cód. Civil para dizer que o direito de defesa deve ser exercido no mesmo prazo designado por lei para exercício do direito subjetivo, dispondo que “a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão”.

Para o titular do direito real, a usucapião é prescrição extintiva e, para o possuidor, prescrição aquisitiva. Se há produção de efeitos jurídicos, a prescrição aquisitiva é um fato jurídico, que não se imiscui com perda de ação ou de pretensão. Aí se vislumbra o inexplicável oblívio da prescrição como fato jurídico em sentido amplo.

A prescrição extintiva ou negativa é também conhecida como liberatória. Trata-se da perda do direito subjetivo de qualquer natureza em que o titular nada faz, quedando-se inerte, até que - em se verificando o decurso do prazo estabelecido em lei - ocorre sua perda. A prescrição liberatória, como o próprio nome está a indicar, exonera o sujeito passivo do cumprimento do dever jurídico, tudo em decorrência da inércia do titular que deixa de exercer o seu direito, durante certo lapso de tempo. Diz o art. 2.219 do Código Civil Francês, na tradução para o espanhol: *“La prescripción es un modo de extinción de un derecho resultante de la inacción de su titular durante un cierto lapso de tiempo”*.

A prescrição extintiva também é conhecida como prescrição ordinária ou comum. O displicente titular do direito subjetivo - que deveria prestigiá-lo para obter os benefícios do seu exercício - opta por nada fazer. Ele reverencia a inércia, fazendo tábula rasa do direito que, no espaço de tempo designado em lei, deveria exercer no seu próprio interesse. Constatando-se a incúria no que concerne ao exercício do direito, ele anuncia a prática de uma liberalidade: a renúncia do proveito que teria se o exercesse no tempo e modo estabelecidos em lei.

Apesar de em outras palavras se referir à improcedência do pedido formulado na demanda, o vetusto Código Civil da República Argentina, Lei 340, de 29/09/1869, considera a prescrição extintiva uma decorrência do não exercício do direito pelo seu titular no tempo designado por lei, quando consumada. Dispõe o art. 3.949: *“La prescripción liberatoria es una excepción para repeler una acción por el solo hecho que el que la entabla, ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere”*. Sem dizer em que consiste o novo Código Civil e Comercial da Nação Argentina, ao invés de apresentar o conceito de prescrição extintiva, preferiu estabelecer o momento inicial da contagem do prazo para liberação do dever jurídico, cognominando-o de prestação, como se infere da leitura do art. 2.554: *“El transcurso del plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible”*.

3.5 - Iniciativa e Arguição

A prescrição pode ser alegada pela parte a quem ela aproveita, vale dizer, pode ser arguida por quem será beneficiado. Contudo, àquele que tem o dever jurídico é facultado renunciar à alegação de prescrição, seja

expressa, seja tacitamente, desde que esta já tenha se consumado. Antes disso, não é possível renunciar à prescrição, como previa o disposto no art. 2.220 do Código Napoleônico, antes da reforma da Lei 561, de 17 de junho de 2008.

A renúncia da prescrição é versada no art. 191 do Cód. Civil, sendo considerada tácita quando o interessado pratica ato incompatível com o direito de invocá-la. No mesmo sentido, o art. 2.251 do Código Civil Francês, na redação da precitada *Loi 2008-561*: “*La renonciation à la prescription est expresse ou tacite. La renonciation tacite résulte de circonstances établissant sans équivoque la volonté de ne pas se prévaloir de la prescription*”. E ainda o art. 2.535, 1ª parte, del *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, dispendo: “*La prescripción ya ganada puede ser renunciada por las personas que pueden otorgar actos de disposición. É o caso do devedor que, após 10 (dez) anos do vencimento da obrigação, procura o credor para satisfazer a dívida prescrita ou renegociá-la, deixando de invocar, em seu prol, o decurso do prazo estabelecido no art. 205 do Cód. Civil que o beneficia, em respeito ao dever moral.*

A renúncia da prescrição não tem o condão de convolar a obrigação - agora natural - em obrigação jurídica. Contudo, a iniciativa do sujeito passivo da relação jurídica fundada no fato de querer cumprir o dever jurídico - mesmo sabendo que ele não pode mais ser exigido - funciona como arremedo de ressurreição do direito subjetivo extinto pelo decurso do tempo.

Em outras palavras, pode ser dito que a renúncia da prescrição é um arremedo de reencarnação de o direito subjetivo convolado em espírito pela sua morte, em decorrência de o sujeito passivo - malgrado já desobrigado do cumprimento do dever jurídico - haver assumido conduta demonstradora da vontade de satisfazer o que o sujeito ativo, durante o tempo decorrido, não exigiu. A natureza jurídica da renúncia é de ressurgência do direito subjetivo, ainda que destituído de força para ser exigido.

Os prazos prescricionais inadmitem convenção das partes, segundo o disposto no art. 192. Isto quer dizer que os prazos de prescrição contêm normas cogentes, que não podem ser revogadas pela vontade das partes. Qualquer pacto no sentido de modificar os prazos de prescrição é nulo, nos termos do art. 166, VII, 2ª parte, do *Digesto Civilístico*. A propósito, o preceptivo inscrito no art. 2.533 do *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*: “*Las normas relativas a la prescripción no pueden ser modificadas por convención*”.

A prescrição pode ser pronunciada pelo juiz quando alegada por quem ela aproveita. A arguição é admitida em qualquer oportunidade e grau de jurisdição (art. 193). Entrementes, afigura-se juridicamente prudente que o julgador aguarde a alegação por quem a prescrição beneficia como adiante se sustentará.

Na vigência do Código Civil de 1916 o juiz só podia reconhecer a prescrição *ex officio* quando se cogitava de direito subjetivo não patrimonial (art. 166). Quando o devedor era acionado para pagar a dívida vencida há mais de 20 (vinte) anos (art. 177) e não alegava prescrição, o juiz não podia, *ex officio*, reconhecê-la, em consonância também com o art. 219, § 5º, do Cód. Proc. Civil de 1973. Os direitos subjetivos são, em regra, direitos patrimoniais. Relembre-se o seguinte aresto: “*Cheque - Prescrição. De ofício o Juiz não pode conhecer e decretar*” (TJRJ, 8ª Câm. Cível, unân., Ap. nº 11.391, em 13/05/80, Rel. Des. Paulo Dourado de Gusmão, in D. Of. de 03/09/81, Parte III, pág. 63).

Ao entrar em vigor, o Código Civil de 2002 manteve a proscrição, dispondo no art. 194: “*o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz*”. Revogado o art. 194 do Estatuto Civil pela Lei nº 11.280/06 e alterada a redação do § 5º do art. 219 da Lei Processual, o reconhecimento *ex officio* da prescrição passou a ser admitido, mesmo em se tratando de direito patrimonial. Contudo, há incompatibilidade entre o poder do juiz de reconhecê-la *ex officio* e a faculdade de quem tem o dever jurídico de cumpri-lo. Ao renunciar à arguição de prescrição, o sujeito passivo da relação jurídica - ainda que tardiamente e mesmo liberado - prestigia o direito subjetivo cujo cumprimento lhe poderia ser exigido.

Ao reconhecer que o direito subjetivo do titular está extinto pela prescrição, sem que o sujeito passivo da relação jurídica tenha alegado, o Estado-juiz retira do obrigado a faculdade de renunciar à prescrição, já que estava disposto a cumprir *dever jurídico*, ainda que proveniente de *obrigação natural*. Por isso o art. 2.247 do *Code Napoléonien* mantém a vedação do reconhecimento *ex officio* da prescrição pelo juiz, dispondo, mesmo depois da reforma estabelecida pela Lei 561, de 17 de junho de 2008: “*Les juges ne peuvent pas suppléer d’office le moyen résultant de la prescription*”. No mesmo sentido, o art. 2.552 del *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*: “*El juez no puede declarar de oficio la prescripción*”.

Mister não olvidar que o sujeito passivo pode querer cumprir o dever jurídico, ainda que conhecendo o fato de o direito estar extinto pela inércia do titular. E assim o quer por *dever moral*, pautando-se pelo imperativo categórico a que alude Emmanuel Kant: “Assim a moral me exige que eu cumpra a promessa que fiz num contrato, ainda que a outra parte contratante não pudesse me obrigar a isso” (**Doutrina do Direito**, p. 31).

O titular do direito subjetivo, que não o exerce no prazo estabelecido, suporta as consequências da sua omissão. A extinção do direito é o seu maior consectário. Quando não é titular e sim assistente de relativamente incapaz ou o representante legal de pessoa jurídica que não o exerce e der causa à prescrição, causando prejuízo, deverá suportar os efeitos da sua omissão. À pessoa relativamente incapaz e à pessoa de existência ideal é facultado exercer o direito subjetivo de buscar indenização do assistente ou do seu representante (art. 195).

Na contagem do prazo prescricional para aquisição do direito de propriedade de bem que esteja no comércio (*res habilis*), pode ocorrer a modificação da qualidade de proprietário, por sucessão, como, por exemplo, o seu decesso. Nesse caso, uma vez iniciada em favor do prescribente, ou seja, em prol daquele a quem a prescrição possibilita a aquisição do direito de propriedade, o prazo prescricional continua a correr contra o sucessor do titular, isto é, contra quem a prescrição aquisitiva extinguirá o domínio (art. 196). O sucessor do direito de propriedade, dentro do prazo que ainda lhe resta, deve tomar a iniciativa para interromper a contagem do prazo, de modo que o possuidor não complete o tempo estabelecido em seu favor para arguir prescrição aquisitiva.

3.6 - Impedimento, Suspensão e Interrupção

A fim de que a lesão não convalesça, a lei criou causas que dificultam a consumação da prescrição, proporcionando o cumprimento do dever jurídico do direito subjetivo, mesmo após o aparente decurso do prazo. Ditas causas impedem o início do prazo, suspendem ou interrompem sua contagem. Neste último caso, faz com que ele se reinicie, com o abandono do prazo anteriormente decorrido.

O legislador houve por bem levar em conta situações especiais que justificam a dilatação do prazo para o exercício do direito subjetivo.

Do contrário, a lesão convalesceria em favor do sujeito passivo. Este, de modo fácil, seria desde logo liberado do cumprimento do dever jurídico em situações desfavoráveis ao sujeito ativo da relação jurídica.

A decadência não dá margem à lesão. Tratando-se de direito potestativo, traduzido em faculdade de agir, sem correspondência de dever jurídico, não há que se preocupar com seu cumprimento. Inexistindo a menor possibilidade de ocorrer lesão, o prazo decadencial não pode ser impedido, suspenso ou interrompido (art. 207 do Código Civil). Os ordenamentos civilísticos se preocupam com situações especiais do titular do direito subjetivo, que justificam a dilatação do prazo para seu exercício, de modo que ele possa exigir o cumprimento do dever jurídico.

O impedimento da prescrição se verifica quando o prazo para exercício do direito subjetivo se inicia e ocorre fato que não permite sua contagem. A lesão que poderia ocorrer, se a contagem do prazo fosse autorizada, resta adiada. Na verdade, a lei estabelece que a contagem do prazo prescricional não tem início, incidindo a causa impeditiva, como bem dispõe o art. 2.233 do Código Civil Francês: *“La prescription ne court pas...”*.

A suspensão da prescrição é constatada quando, iniciado o decurso do prazo para exercício do direito subjetivo, ocorre fato que permite sua sustação. A lesão que poderia ocorrer, se a contagem do prazo não fosse sustada, resta, outrossim, adiada. São casos excepcionais que paralisam provisoriamente o prazo prescricional decorrido.

Na suspensão da prescrição reinicia-se sua contagem, após a cessação da causa suspensiva. O prazo anteriormente decorrido é somado no cômputo geral. *“La suspension de la prescription en arrête temporairement le cours sans effacer le délai déjà couru”*, de acordo com o art. 2.230 do Código Civil Francês, na redação da Lei 561, de 17 de junho de 2008” ou *“La suspensión de la prescripción detiene el cómputo del tiempo por el lapso que dura pero aprovecha el período transcurrido hasta que ella comenzó”*, consoante o disposto no art. 2.539 do Código Civil e Comercial da Nação Argentina.

No caso brasileiro, as causas impeditivas e suspensivas constam dos arts. 197, 198 e 199 do Estatuto Civilístico. Como se infere da leitura das normas jurídicas ali insculpidas, a Lei Civil não separou as causas impeditivas das causas suspensivas da prescrição. Para identificar as causas impeditivas e as causas suspensivas cumpre observar se elas incidem antes ou durante a contagem do prazo prescricional. A causa impeditiva é

uma barreira de uma represa, construída no início da contagem do prazo prescricional; a causa suspensiva é um parêntesis no decurso do prazo prescricional já iniciado.

A interrupção da prescrição se verifica quando o titular do direito subjetivo assume comportamento revelador do seu interesse em evitar que a lesão venha a convalescer em prol do sujeito passivo da relação jurídica. Trata-se de um comportamento voluntário do titular do direito subjetivo, reconhecido por lei, em que ele se mostra interessado em impedir o convallescimento da lesão. Através da assunção de conduta prevista em um dos incisos do art. 202, o dito titular pratica ato que revela o exercício ou o preexercício do direito.

Na interrupção da prescrição, cessada a causa que lhe deu origem, o tempo decorrido antes da sua incidência não é somado, como acontece na suspensão. As causas interruptivas apagam o prazo prescricional iniciado. O prazo designado em lei é reiniciado. *“L’interruption efface le délai de prescription acquis. Elle fait courir un nouveau délai de même durée que l’ancien”* (art. 2.231, do Código Civil Francês) ou *“el efecto de la interrupción de la prescripción es tener por no sucedido el lapso que la precede e iniciar un nuevo plazo”* (art. 2.544 do Novo Código Civil e Comercial da Nação Argentina).

Na vigência do Código Civil de 1916 não havia limite de vezes para interromper a prescrição, como deixa entrever o art. 173. Antes de cessada a causa interruptiva, o titular do direito subjetivo podia provocar sua renovação, como, por exemplo, notificar o devedor mais de uma vez. Com a vigência do Cód. Civil de 2002, a interrupção da prescrição só é possível uma única vez, segundo estabelece o art. 202: *“a interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez...”*. A limitação tem por fim afastar a perpetuação do exercício do direito subjetivo, pois se aquele que tivesse de cumprir o dever jurídico fosse, *exempli gratia*, periodicamente notificado judicialmente pelo titular, dificilmente seria liberado do cumprimento do dever jurídico, deixando de ser beneficiado com o fato extintivo.

Os seis incisos do referido preceptivo foram erigidos em causas taxativas de invalidação do tempo decorrido antes do implemento de cada uma delas, renovando-se o prazo prescricional. Cessada a causa interruptiva a prescrição se reinicia, desprezando-se o tempo decorrido anteriormente. Um novo prazo tem início, como se nada tivesse ocorrido. Todo tempo decorrido antes da citação é jogado fora. Isto porque as causas impeditivas, suspensivas e interruptivas também são aplicáveis à prescrição

aquisitiva em prol do proprietário e contra o possuidor, na maior proteção do direito subjetivo de propriedade, de acordo com o art. 1.244.

O inciso III do art. 202 estabelece que o protesto cambial, vale dizer, o protesto extrajudicial de títulos e outros documentos de dívida, de que tratam os arts. 1º e ss. da Lei nº 9.492/97, interrompe a prescrição. O dito inciso dispõe em sentido contrário ao verbete da Súmula 153 da Suprema Corte: “*simples protesto cambiário não interrompe a prescrição*”. O entendimento sumulado do Excelso Pretório está revogado.

Consoante restou analisado, o prazo prescricional, uma vez interrompido, recomeça da data da cessação da causa interruptiva. Em se tratando de rompimento do prazo pela via judicial, ele será reiniciado a contar do último ato processual que interrompeu a prescrição (art. 202, parágrafo único). Nesse caso se infere a prescrição intercorrente.

O impedimento e a suspensão da prescrição ocorrem enquanto estiverem presentes as causas previstas em lei. Verificada a presença de uma das causas dos arts. 197 a 199, pode ser dito que o prazo prescricional não fluirá. As causas impeditivas e suspensivas incidem de pleno direito (*pleno juris*), prescindido de qualquer iniciativa do titular do direito subjetivo, quer judicial, quer extrajudicial.

O impedimento e a suspensão da prescrição são instituídos para proteger titulares de direito subjetivo que mantêm relação jurídica com os que devem cumprir dever jurídico. Algumas causas levam em conta a relação jurídica decorrente de direito de família; outras consideram a situação daqueles que estão impossibilitados ou têm dificuldade de agir voluntariamente, como ocorre com marido e mulher, ascendentes e descendentes durante o poder familiar, menores, incapazes em geral, ausentes do País a serviço público e os que servem às Forças Armadas em tempo de guerra.

O vetusto princípio do Direito Romano consagrou que a prescrição não corre contra os que não podem agir voluntariamente: “*contra non volentem agere num currit praescriptio*”. Ou, então, “*la prescription ne court pas ou est suspendue contre celui que est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure*” (art. 2.234 do Código Napoleônico, na redação da Lei nº 561, de 17 de junho de 2008). O art. 440 da Consolidação das Leis do Trabalho adotou esse princípio dispondo: “*contra os menores de 18 (dezoito) anos não corre nenhum prazo de prescrição*”.

As causas interruptivas dependem de iniciativa do interessado. Isto quer dizer que, para a validade da interrupção da contagem do prazo prescricional, o titular do direito subjetivo deve agir de forma a provocar a incidência de uma das causas enumeradas no art. 202 do Cód. Civil. Tudo é direcionado no sentido da invalidação do espaço de tempo decorrido antes de recair a causa interruptiva e dar início a um novo prazo, de modo a afastar o fato extintivo do direito.

Os prazos de prescrição que podem ser interrompidos estão previstos nos arts. 205 e 206. O ordenamento civilístico perfilhou um prazo comum para o exercício dos direitos subjetivos em geral, sejam eles pessoais, sejam reais. A era da prescrição vintenária a que se referia o art. 177 do Código Civil de 1916 ficou para trás. Agora, o prazo ordinário de prescrição dos direitos subjetivos é 10 (dez) anos. Toda vez que a Lei Civil não estabelecer prazo menor para o seu exercício o decênio é o prazo comum de prescrição dos direitos subjetivos.

Para saber se o prazo para exercício do direito subjetivo é comum ou especial basta ler, em primeira mão, o art. 206. Em seguida, deve ser consultada a Parte Especial do Código Civil ou, se for caso, a legislação especial que rege a matéria. Se no art. 206, antes mencionado, não for encontrado prazo diferenciado, que vai de 01 (um) a 05 (cinco) anos, nem a lei especial dele tratar, é porque o prazo é comum, vale dizer, de 10 (dez) anos, conforme dispõe a norma básica insculpida no art. 205.

No que diz respeito aos prazos de prescrição iniciados antes da entrada em vigor do Código Civil, em 11/01/03, não se deve olvidar da regra inscrita no art. 2.028: *“serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”*. A contagem do prazo é definida pelo decurso de mais da metade do que dispunha a lei civil anterior. Portanto, a contagem é dotada de ultratividade. Se não decorrido mais da metade do prazo, este é regido pelo Cód. Civil de 2002.

3.7 - Prescrição contra a Fazenda Pública

Quando o direito subjetivo pertencente às pessoas jurídicas de direito público interno é objeto de discussão na via administrativa ou em juízo, na Justiça Administrativa ou na Justiça Comum, diz-se que ele envol-

ve a Fazenda Pública. Verificando-se que a União, os Estados membros, o Distrito Federal, os Municípios, as Autarquias e as Fundações Públicas são titulares de direito subjetivo em que há conflito de interesses instaurado, ele também pode ser objeto de prescrição aquisitiva ou extintiva. Em razão da qualidade dessas pessoas de direito público, dá-se a incidência de preceptivos legais que originam acirrados debates, mormente quando se tem notícia de que os bens integrantes do domínio das pessoas jurídicas de direito público são imprescritíveis.

A prescrição ora se apresenta como fato jurídico aquisitivo ora como fato jurídico extintivo do direito subjetivo, de acordo com o que foi visto. O titular do direito subjetivo - que deve assumir comportamento positivo para impedir o convalescimento da lesão - é o particular ou a Fazenda Pública. Na prescrição contra o particular adquire-se direito subjetivo através da usucapião. Também extingue direito quando se tratar de prescrição liberatória, tudo em virtude do fluxo do tempo e da inércia do seu titular. Em se tratando de Fazenda Pública, merece estudo se o caso é de prescrição aquisitiva ou de prescrição extintiva.

3.7.1 - Prescrição Aquisitiva dos Bens Públicos

Na prescrição aquisitiva o particular – titular do direito subjetivo – é prejudicado, uma vez que perde o que exercia para outro particular ou para a Fazenda Pública. Em se cogitando de prescrição aquisitiva, a Fazenda Pública não pode ser sujeito passivo da relação jurídica para ser atingida. Isto porque, em se tratando de prescrição positiva, que resulta na aquisição do direito de propriedade pertencente ao Estado (em sentido amplo) pelo particular, vê-se que se a usucapião é modo de aquisição juridicamente impossível.

Os bens públicos, ou seja, os que integram o domínio das pessoas jurídicas de direito público, são imprescritíveis, de acordo com o disposto nos arts. 20, 26, 183, § 3º e 191, parágrafo único, da Constituição Federal, 98 e 102 do Cód. Civil e 200 do Decreto-lei nº 9.760/46: *“Os bens públicos da União, seja qual for a sua natureza, não são sujeitos a usucapião”*. No mesmo sentido o verbete da Súmula 340, da Suprema Corte: *“Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais como os demais bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião”*.

Ao integrar o domínio daquelas pessoas, os bens públicos não podem ser objeto de aquisição, como se manifesta, em outras palavras, o art. 3.952 do Código Civil Argentino de 1869: *“Pueden prescribirse todas las cosas cuyo dominio o posesión puede ser objeto de una adquisición”*. Interpretando este preceptivo legal, Lilian Nora Gurfinkel de Wendy enfatiza que podem ser adquiridos por prescrição aquisitiva *“muebles o inmuebles cuya adquisición por prescripción no esté prohibida, por ejemplo, las cosas del dominio público, las cosas que pertenecen al Estado nacional o provincial, las declaradas imprescritibles por leyes especiales”*.²³ Acrescenta Arnaldo Rizzardo: *“Quaisquer bens imóveis podem ser objeto de usucapião, desde que não sejam públicos e se encontrem no comércio”*.²⁴

A imprescritibilidade desses bens se deve ao fato de eles estarem fora do comércio, como estatui o art. 2.260, do Código Napoleônico, na redação da Lei nº 561, de 2008: *“On ne peut prescrire les biens ou les droits qui ne sont point dans le commerce”*. No mesmo sentido, o disposto na 1ª parte do art. 237 do Código Civil e Comercial da Nação Argentina, de 2014: *“Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles”*. Se eles são inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis, são bens que estão fora do comércio.

As terras devolutas e os terrenos de marinha integram os bens dominiais da União a que se refere o art. 99, III, do Cód. Civil, de acordo com o que dispõem os arts. 1º, *a* e *e*, do Decreto-lei nº 9.760/46, 1º e ss. do Decreto-lei nº 2.398/87, 1º e ss. da Lei nº 9.636/98. Antes da vigência da Carta da República de 1988, as terras devolutas podiam ser adquiridas pela usucapião especial, *ex vi* dos arts. 4º, § 2º, da Lei nº 6.969/81, 1º e ss. do Decreto nº 87.620/82, que se constituía numa via administrativa. Depois da promulgação da Carta Federal não é mais possível adquirir terras públicas por prescrição aquisitiva, *ex vi* do disposto nos arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, que dispõem: *“os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”*.

3.7.2 - Prescrição Extintiva a Favor da Fazenda Pública

Na prescrição extintiva, o titular do direito subjetivo, que é o particular, perde o direito que deveria ter exercido em desfavor da Fazenda

²³ **Derechos Reales**, Tomo I, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 242-243.

²⁴ **Direito das Coisas**, 5. ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2011, p. 247.

Pública. Em se cogitando de prescrição negativa, a Fazenda Pública pode ser sujeito passivo da relação jurídica, que sai beneficiada, liberando-se do dever jurídico que deveria cumprir. Isto porque em se tratando de prescrição liberatória, que resulta na extinção do direito subjetivo, o particular, voluntária ou involuntariamente, deixa passar em branco o prazo para o seu exercício.

O prazo para o titular exercer direito subjetivo em desfavor da Fazenda Pública vem sendo discutido. Regem a matéria o Decreto nº 20.910/32 e o Decreto-lei 4.597/42. Se o direito subjetivo for direcionado contra a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, aplica-se o art. 1º do Decreto-lei nº 20.910/32. Se for dirigido contra as autarquias e fundações públicas, tem aplicação o art. 1º do Decreto-lei nº 4.597/42. Observe-se que, em linhas gerais, foi fixado o quinquênio como prazo prescricional.

Ao tratar da aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública - esclarecendo ao leitor que a prescrição é fato extintivo do direito e não da ação - a Lei nº 9.494/97, no art. 1º-C, ratifica o quinquênio como prazo para exercício do direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e estabelece o lustro quando os danos são causados por agentes das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Malgrado duvidosa a incidência da indigitada norma à prescrição do direito de obter indenização das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, no tocante ao prazo de cinco anos para o seu exercício, certo é que na época nenhum dispositivo do Código Civil de 1916 se referia especificamente àquele direito, como se infere da leitura do art. 178. Aplicava-se o prazo geral de prescrição vintenária, previsto no art. 177 da Lei Civil ab-rogada.

O Código Civil de 2002 inovou sobre o prazo para o exercício do direito de obter a reparação civil do dano. Consoante dispõe o art. 206, § 3º, V, o direito de obter dita reparação prescreve em três anos. Este preceptivo não faz qualquer referência à espécie de indenização a ser obtida, nem à pessoa que se vinculou a cumprir o dever jurídico. Pergunta-se: a dita norma de prescrição trienal revoga a de prescrição quinquenal estabelecida no Decreto nº 20.910/32 e no Decreto-lei nº 4.597/42? É relevante que se leve em conta a espécie de direito que o sobredito art. 206 § 3º, V, está tratando. A norma é específica para todo e qualquer direito à indenização. Creio que a pergunta merece pronta resposta.

Os dispositivos de ambos os decretos, que têm força de lei, estabelecendo o quinquênio, não se referem ao direito à reparação civil do dano.

Dizem respeito a todo e qualquer direito, deixando entrever que se trata de um prazo geral para o titular exercê-lo contra as pessoas jurídicas de direito público, chamadas de Fazenda Pública. É norma de caráter geral, como a do art. 177 do Cód. Civil de 1916.

Como não havia, mas agora há dispositivo legal que cuida especificamente do prazo para o exercício do direito subjetivo de obter a reparação civil do dano, aplica-se o princípio *lex specialis derogat lege generali*. A norma especial do art. 206 § 3º, V, do Código Civil, por tratar especificamente do direito à indenização por dano, não pode ser desprezada somente pelo fato de se entender que normas editadas em 1932 e 1942 estabeleciam que *todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal* prescrevem em cinco anos. O fato de o direito à reparação ser direcionado em desfavor da Fazenda Pública é desinfluyente.

Demais disso, a norma que trata especificamente de um direito subjetivo, insculpida no Código Civil (Lei nº 10.406/02), que é posterior, revoga as normas constantes do Decreto nº 20.910/32 e do Decreto-lei nº 4.597/42, de caráter geral. Não se olvide de outro princípio: lei posterior revoga a anterior. É o que está inscrito no art. 2º § 1º, do Decreto-lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, vem entendendo diversamente na sustentação de que no art. 1º do Decreto 20.910/32, traduzindo-se em norma específica, a prescrição dos direitos subjetivos contra a Fazenda Pública se dá no lustro e não no triênio estabelecido no dispositivo legal do Estatuto Civilístico de 2002 (R. Esp. nº 1251993, Rel. Min. Mauro Campbell Marques). Apesar de respeitável, em decorrência do uso da indigitada expressão “*todo e qualquer direito ou ação*”, cogita-se, *permissa venia*, de entendimento equivocado da Corte Federal, por abandonar os sobreditos princípios gerais de direito.

4 - SOBRE A DECADÊNCIA

O tradicional conceito de que a decadência se traduz na perda do próprio direito, em decorrência da inércia do titular, durante certo tempo, se apresenta incompleto. Isto porque a definição não alude à natureza do direito que é extinto. A prescrição também extingue direito. Esse conceito pode incutir no leitor do ordenamento jurídico positivo e das obras dou-

trinárias existentes no estado da arte tratar-se do mesmo instituto, com nomes diferenciados, levando em conta apenas o momento em que se dá a referida extinção. Cumpre, destarte, apresentar a natureza jurídica da decadência e completar o conceito desse fato extintivo do direito.

4.1 - Natureza jurídica e Conceito

Considerando que os efeitos jurídicos consistem em aquisição, resguardo, transferência, modificação e extinção de direito, tal como se verifica na prescrição, a decadência tem natureza jurídica de fato jurídico em sentido amplo. Em decorrência do comportamento inercial do titular do direito e do decurso do tempo, ocorre sua perda. O transcurso do tempo e a conduta inerte do titular do direito - que não o prestigia, por meio de seu exercício - são os responsáveis pela eclosão do fato jurídico extintivo do direito.

A conduta inercial não se traduz em fenômeno natural. O “não atuar”, ainda que omissivo, se traduz em comportamento humano. Trata-se de inação. Não advindo da força da natureza, a decadência não pode ser emoldurada como fato jurídico *stricto sensu*. Mais adequado enquadrá-la como fato jurídico *lato sensu*, na mesma direção da prescrição, uma vez que se cogita de ato lícito decorrente da vontade do titular do direito de se manter inerte enquanto flui o tempo para o seu exercício.

Para bem conceituar a decadência, procede-se a uma breve recordação do conteúdo do direito potestativo. Este se traduz em espécie do direito que, à faculdade de agir do titular, não corresponde dever jurídico ou, quando corresponde, este dever se apresenta muito distante de uma aparente exigência. Toda vez que o titular deixa passar *in albis* o prazo para exercer direito potestativo verifica-se a decadência.

Investigando-se um pouco mais, se constata que não há razão para se omitir a natureza do direito que é extinto na decadência. A identificação da espécie de direito que é extinto é exatamente o que distingue a decadência da prescrição negativa. Ambas se traduzem em fatos jurídicos *lato sensu*. O decurso do tempo e a inércia do titular, tal como na prescrição liberatória, acarretam a extinção do direito.

A lei põe à disposição do titular do direito potestativo um prazo para o seu exercício. Ele pode ser exercido na via extrajudicial ou através

do acesso à justiça. É relevante que ele o exerça e não se quede inerte, assumindo comportamento positivo, para que não venha a ocorrer sua extinção. Assim, conceitua-se a decadência como “o fato jurídico que aniquila direito potestativo, em virtude do fluxo do tempo e da inércia do titular”.²⁵

Direito potestativo é aquele que, à faculdade de agir do titular, não corresponde a prestação de outrem. O efeito da decadência é a perda de direito potestativo. Chamada de caducidade pelo Código Civil e Comercial Argentino de 2014, dispõe o art. 2566, ao tratar dos seus efeitos: “*La caducidad extingue el derecho no ejercido*”.

Em estudo anterior, restou consagrado que o direito subjetivo é aquele que, à faculdade de agir do titular, corresponde um dever jurídico. Se, ao reverso, não há correspondência, presente está o direito potestativo, submetido à decadência e não à prescrição, caso o seu titular se mantenha inerte, deixando passar *in albis* o prazo para o seu exercício. De acordo com o que foi visto, o direito potestativo é caracterizado pela não correspondência do dever jurídico.

Em consonância com o que restou analisado no estudo da prescrição extintiva, descabe igualmente falar em perda da ação ou da pretensão. Devido à sua natureza, não se vê como vincular a decadência à perda de direito de índole processual. A decadência diz respeito a direito potestativo.

4.2 - Os Direitos Potestativos e sua Extinção pela Decadência

Os direitos potestativos podem ser classificados em não decadenciais e decadenciais. Os não decadenciais são aqueles que podem ser exercidos a qualquer tempo, em razão de expressarem uma faculdade de agir evidente, não se vislumbrando motivo para a fixação de prazo para o seu titular assumir uma conduta comissiva. Não se vergam à decadência.

A lei, erroneamente, chama os direitos potestativos não decadenciais de direitos imprescritíveis. Tendo cometido um cochilo, deixou passar que, em se cogitando de faculdade de agir, inexistia dever jurídico a cumprir. Eles não estão submetidos à prescrição, e sim, à decadência. São os direitos potestativos ostentados nos arts. 682, I, 688, 1.034, 1.297,

25 SANTOS VIEIRA, Sérgio Túlio. "Dos Fatos Extintivos do Direito: Prescrição, Decadência, Preclusão e Perempção", *Livro de Estudos Jurídicos*, n. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, p. 238.

1.320, 1.601, 1.804 e 1.806 do Código Civil e no art. 24, parágrafo único da Lei nº 6.515/77. Em todos esses casos não há fixação de prazo para o titular assumir um comportamento positivo. A qualquer tempo podem ser exercidos.

Os direitos potestativos que não podem ser exercidos a qualquer tempo, e sim no prazo fixado em lei, são decadenciais. Não expressam uma faculdade de agir absoluta e sim relativa, sendo razoável a fixação de prazo para o seu titular assumir um comportamento positivo. Vergam-se à decadência. Os direitos potestativos decadenciais são confundidos com os direitos subjetivos submetidos à prescrição extintiva. Muitas vezes são chamados de prescritíveis. Observando-se sua natureza, vê-se que eles não se confundem com os direitos subjetivos. São exemplos de direitos potestativos submetidos à decadência os que constam dos arts. 45, parágrafo único, 48, parágrafo único, 119, parágrafo único, 178, 445, 500, 501, 504, 618, parágrafo único, 1.251, 1.302, 1.555, 1.560, I, II, III e IV, 1.795, 1.815, parágrafo único, 1.859, 1.965, parágrafo único, 1.909, parágrafo único, do Código Civil e dos arts. 51, parágrafo 5º, da Lei nº 8.245/91, 103 da Lei nº 8.213/91, 54 da Lei nº 9.784/99 e 103-A da Lei nº 8.213/91.

As duas espécies de direitos potestativos submetidos à decadência, ou seja, os não decadenciais e os decadenciais, apresentam características que não são encontradas na prescrição extintiva. As normas que impedem ou suspendem a prescrição não têm aplicação à decadência (art. 207 do Cód. Civil). Isto se deve ao fato de inexistir dever jurídico a ser cumprido em direito potestativo. Da mesma forma, o precitado Código Civil e Comercial Argentino consagra que não há razão para suspender ou interromper a contagem de prazo para extinguir direito potestativo. Dispõe o art. 2.567: *“Los plazos de caducidad no se suspenden ni se interrumen, excepto disposición legal en contrario”*.

Nessa espécie de direito, em que não há dever jurídico a ser cumprido, inexistente a menor possibilidade de ocorrer lesão. Se à exigência do titular dessa espécie de direito não há cumprimento de dever jurídico, inexistente razão para sustar prazo em andamento. Há uma única exceção. Na hipótese da decadência vir a atingir direito potestativo de pessoa absolutamente incapaz, admite-se a incidência de causa impeditiva e de causa suspensiva, para que ela não venha a perdê-lo (art. 208 c/c art. 198, I, do Código Civil).

Observe-se que o dispositivo legal não abrange a interrupção. As

causas interruptivas necessitariam de iniciativa do titular do direito potestativo. Se, na verdade, é uma faculdade de agir sem correspondência de dever jurídico, não faria sentido possibilitar ao titular proceder, por exemplo, ao protesto judicial ou extrajudicial ou a qualquer outro meio previsto no art. 202 do Estatuto Civil.

A decadência não pode ser objeto de renúncia (art. 209). Se o prazo decadencial é fixado por lei, como ocorre com o direito potestativo do locatário de obter a renovação do contrato de locação comercial, o juiz pode pronunciá-la *ex officio* (art. 210). Em se tratando de prazo decadencial fixado por convenção, a parte a quem ela aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, ficando o juiz, no entanto, impedido de reconhecê-la *ex officio* (art. 211 do Código Civil).

5 - CONSECTÁRIOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA

No exame dos conceitos de prescrição e de decadência foi dito que, ocorrendo a aquisição ou a extinção de direito subjetivo, está presente a primeira; em se verificando a extinção de direito potestativo, resta identificada a segunda. Ambos os fatos extintivos do direito têm um ponto comum, qual seja, a inércia do titular, deixando fluir o tempo. A diferença diz respeito à qualidade do direito que é extinto. Esse estudo diz respeito aos consectários internos.

A prescrição e a decadência constituem um corolário do desprezo do direito pelo titular. São sanções que a lei aplica àqueles que se desinteressam pelo exercício do direito subjetivo ou do direito potestativo. Destaca Arnoldo Wald que “*ambos os institutos visam simultaneamente a punir os inativos (dormientibus non succurrit jus) e garantir a estabilidade das relações jurídicas*”.²⁶ Ou como prefere José Roberto de Castro Neves: “*O ordenamento não protege os desidiosos, os indolentes, os preguiçosos*”.²⁷

Para dar ênfase aos consectários da prescrição e da decadência, rejeita-se a clássica distinção de que na primeira ocorre a “perda da ação ou da pretensão” e, na segunda, a “perda do próprio direito”. Apresenta-se o rol das características de uma e de outra e enfatiza-se que ambas são espécies de fatos jurídicos em sentido amplo. As características que atuam

²⁶ **Direito Civil**, Introdução e Parte Geral, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 226.

²⁷ **Uma Introdução ao Direito Civil**, 3. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 180.

como diferenças das consequências de uma e de outra são: a) na prescrição se adquire ou se extingue direito subjetivo; na decadência sempre se extingue direito potestativo; b) na prescrição ocorre lesão do direito subjetivo, porque o seu titular não vê correspondido o dever jurídico; na decadência não há lesão do direito, haja vista que inexistente correspondência de dever jurídico em direito potestativo; c) os prazos prescricionais podem ser interrompidos e suspensos a fim de que a lesão não convalesça; os prazos decadenciais não podem ser, porque não há lesão a convalescer; d) os direitos subjetivos devem ser exercidos nos prazos designados, ainda que no decênio, vale dizer, no prazo máximo de dez anos; parte dos direitos potestativos admite seu exercício a qualquer tempo, não se sujeitando a prazos designados, fato demonstrador de que as faculdades de agir, sem correspondência, não estão submetidas à prescrição ou à decadência.

De acordo com as normas processuais vigentes, a prescrição e a decadência acarretam a extinção do processo com resolução do mérito. O julgamento do processo pode ocorrer no seu nascedouro quando o juiz, indeferindo a inicial, decreta a improcedência liminar do pedido, após se defrontar com uma ou com outra (art. 295, IV, do Cód. Proc. Civil de 1973; art. 332 § 1º, da Lei nº 13.105/15, novo Código de Processo Civil). Trata-se da única hipótese em que o juiz, despachando a petição inicial, resolve desde logo a demanda com resolução de mérito, o que não ocorre com as demais causas de indeferimento da exordial constantes dos arts. 295 da Lei Processual de 1973 e 330 do Estatuto Processual de 2015, que acarretam a extinção do feito sem resolução do mérito (art. 267, I, do Cód. Processo de 1973; art. 485, I, da Lei Processual de 2015). Esse estudo diz respeito aos consectários externos.

Pergunta-se: mas por que a prescrição e a decadência extinguem o processo com resolução de mérito? A resposta não é difícil. Ambas são espécies de fatos jurídicos extintivos do direito. Se os dois fatos jurídicos extinguem direitos (subjetivo ou potestativo), a extinção do processo só pode ocorrer com resolução do mérito. Isto quer dizer que o Estado-juiz, ao pronunciar a prescrição ou a decadência decreta: “o mérito está solucionado, porque o direito em que a pretensão estava alicerçada está extinto”.

De acordo com o que restou exposto no estudo das características da prescrição e da decadência, a semelhança consiste em considerá-las “galhos da frondosa árvore dos Fatos Jurídicos”. Produzem efeitos jurídicos negativos. Em palavras já pronunciadas diversas vezes: são fatos extintivos do direito subjetivo ou do direito potestativo, respectivamente.

Os direitos perdem a força para os dois meios de exigência: extrajudicial ou judicial. Trata-se de corolário da inobservância dos prazos que a lei coloca à disposição do titular para assumir comportamento comissivo. Se extinguem direitos, como vem se afirmando, são fatos jurídicos. No sentido desse entendimento, Fredie Didier Jr: *“Decadência e prescrição são fatos jurídicos que se relacionam com o passar do tempo e se referem à extinção ou encobrimento de determinada eficácia jurídica”*.²⁸

No momento em que o autor apresenta a *res in judicio deducta*, denominada pelo art. 189 do Código Civil de *pretensão*, o faz com esteio no direito subjetivo ou no direito potestativo. É o titular deste ou daquele direito que resolve exercê-los. Só que o faz tardiamente na via judicial, vindo a beneficiar aquele que tinha dever jurídico a cumprir, de imediato ou remotamente. Como diz Pontes de Miranda: *“a prescrição apenas encobre a eficácia da pretensão e da ação, ou só da ação”*.²⁹ Ou como sustenta Humberto Theodoro Júnior: *“Hoje, todavia, tanto a prescrição quanto a decadência são vistas como formas de extinção de efeitos do direito e o que as distingue é apenas a causa da respectiva perda da eficácia”*.³⁰

Deixando fluir *in albis* o prazo para o exercício do direito subjetivo ou do direito potestativo e havendo o reconhecimento judicial da ultrapassagem do prazo em razão da inércia, o demandante jamais poderá reproduzir qualquer pedido fundado em um ou em outro, uma vez que eles estão extintos. Quando o Estado-juíz diz que o direito subjetivo ou potestativo do autor está extinto pela prescrição ou pela decadência, ele está proclamando que o autor não tem razão “desestimando” o pedido, como diz o *Derecho Procesal* ibero-americano. Dizer que o direito está extinto é consagrar que o demandado não precisa mais cumprir o dever jurídico. Ele está liberado de satisfazer a pretensão deduzida pelo demandante.

Reconhecida a prescrição do direito do autor, o juiz, a toda evidência, não pode apreciar o mérito propriamente dito. Proclamar que o autor não tem mais direito a ser apreciado, porque não o exerceu no prazo designado em lei, é o mesmo que dizer: o direito subjetivo do autor não se credencia à apreciação. Por isso, não só condiz com a Lei Civil como também com a Lei Processual Civil dizer que a prescrição extintiva é do direito e não da ação. Se a assertiva não fosse verdadeira, o que poderia ser dito da prescrição aquisitiva?

²⁸ Curso de Direito Processual Civil, v. 1, 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 544.

²⁹ Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 452.

³⁰ Curso de Direito Processual Civil, v. I, 49. ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2002, p. 328.

Se o direito não mais existe, porque foi atingido por uma ou por outra, o Digesto Processual as encartou com acerto (art. 269, IV, do Estatuto Processual de 1973), ainda mais com a vigência do novo Código de Processo Civil, anunciando que *“haverá resolução de mérito quando o juiz decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou de prescrição”* (art. 487, II). Inequivocamente, são fatos jurídicos que resolvem o processo com julgamento de mérito. Se fossem emolduradas como fatos jurídicos que extinguem o processo sem resolução do mérito, no alentado rol do art. 267, o autor, modificando o pedido, poderia mandar o réu novamente, contrariando não só a natureza jurídica de ambas como também a sistemática perfilhada pela Lei Processual de 1973.

Caso o juiz não reconheça de ofício a prescrição ou a decadência ao despachar a inicial, compete ao réu arguir uma ou outra na resposta. A arguição é matéria de mérito e não de preliminar, porque se o direito do autor está extinto não tem mais força para ser exigido. Caso o réu não argua a prescrição entende-se que ele renunciou ao benefício que lhe traria o fato extintivo, *ex vi* do disposto no art. 191 do Código Civil.

Como foi visto, o juiz não está impedido de reconhecê-la *ex officio*, considerando o disposto no § 5º do art. 219 do Estatuto Processual de 1973, na redação dada pela Lei nº 11.280/06: *“o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”*. Se no curso do processo o juiz resolve apreciar a arguição de prescrição, sem acolhê-la, está proferindo decisão interlocutória, manifestando-se sobre questão incidente (art. 162 § 2º, do Cód. Proc. Civil de 1973; art. 203, § 2º, do Estatuto Processual de 2015).

Se o juiz não reconhece a prescrição ou a decadência por ocasião da apresentação da petição inicial, deverá proferir sentença de julgamento conforme o estado processo toda vez que o réu invocar um ou outro fato extintivo do direito (art. 329 c/c art. 269, IV, do Cód. Processual de 1973; art. 354 c/c art. 487, II, do Estatuto Processual de 2015). Poderá aguardar o momento processual adequado, pois *“em alguns casos, embora raros, a prescrição ou a decadência podem exigir instrução”*.³¹ Em se cogitando de procedimento ordinário ou especial de jurisdição contenciosa, poderá prosseguir até a fase de julgamento antecipado da lide, pronunciando *ex officio* o fato extintivo (art. 330, I, do Código Processual de 1973; art. 355, I, do Estatuto Processual de 2015). Ultrapassado o exame da inicial e arguída pela defesa a prescrição ou a decadência, deve o

31 Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, **Processo de Conhecimento**, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 238.

juiz extinguir o feito. As precitadas normas processuais utilizam o verbo no imperativo: “*ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts..... o juiz declarará extinto o processo*”.

Após a revogação do art. 194 do Código Civil e modificada a redação do art. 219, § 5º, do Cód. Proc. Civil de 1973, pela Lei nº 11.280/06, e também ao entrar em vigor o novo Estatuto Processualístico (art. 487, II), tem-se que em qualquer momento do processo o juiz pode, de ofício, reconhecer a prescrição, julgando extinto o feito com resolução do mérito. Se a prescrição não tiver se consumado ou se houver dúvida sobre o reconhecimento de causa impeditiva, suspensiva ou interruptiva, dará andamento ao feito. De qualquer forma pode, a qualquer tempo, pronunciar o fato jurídico extintivo do direito.

Ao reconhecer a prescrição ou a decadência do direito do autor o juiz, extinguindo o processo no seu nascedouro, está proferindo sentença. Consoante o disposto nos arts. 162, § 1º, da Lei Processual de 1973 e 203 § 1º, do Estatuto Processual de 2015, sentença é o pronunciamento do juiz que põe fim à fase cognitiva do processo comum. Logo, a decisão que pronuncia a prescrição e a decadência, julgando extinto o processo com pronunciamento de mérito, desafia apelação (art. 513 da Lei Processual de 1973; art. 1.009 do Estatuto Processual de 2015).

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código Civil de 1916 desvirtuou a natureza jurídica da prescrição, ao consagrar nos arts. 177 e 178 que ela extingue a ação. Incutiu no leitor a falsa ideia de que o fato extintivo do direito mantém inteira e indissolúvel vinculação com o direito de ação. O Estatuto Civilístico não se divorciou dos conceitos do direito romano, apesar de em três preceptivos reconhecer que na prescrição extintiva ocorre a perda do direito e não da ação, como se viu na análise dos arts. 166, 167 e 1.531. Em momento algum fez referência à decadência.

Quanto à prescrição aquisitiva, o dito Estatuto olvidou por inteiro a sua natureza jurídica. Não a tratou na Parte Geral como modo de aquisição de direitos reais. O fez com *nomem juris* diverso na Parte Especial, no Livro II, ao cuidar dos modos de aquisição da propriedade em geral. Chamou de usucapião. Além disso, como se não fosse espécie de prescrição, utilizou o substantivo no masculino, isto é, *o usucapião*, como se vê da lei-

tura dos arts. 530, III, 550, 551 e 618. Com isso, consagrou um inexplicável oblivio da prescrição aquisitiva como fato jurídico *lato sensu*.

O Código Civil de 2002, na tentativa de aproximar a prescrição da sua natureza jurídica, vincula o fato extintivo do direito subjetivo à perda da pretensão, como se viu no estudo do art. 189. Igualmente, não cuida da prescrição aquisitiva na Parte Geral. Prefere fazê-lo na Parte Especial, agora, ao menos, reconhecendo - ainda que implicitamente - se tratar de fato aquisitivo e extintivo do direito subjetivo, ao identificá-la como *a usucapião*, ou seja, no feminino, consoante dispõem os arts. 1.238 e ss., notadamente o art. 1.244, ao estabelecer que as causas que obstat, suspendem ou interrompem a prescrição se aplicam à usucapião.

Malgrado ambos os Estatutos hajam emoldurado a prescrição no Livro III, da Parte Geral pertinente aos Fatos Jurídicos - o de 1916 no Título III e o de 2002 no Título IV - eles não dão ênfase à sua natureza jurídica. Ela não restou reconhecida como fato decorrente da inércia, *lato sensu*, em que se adquire ou se extingue direito subjetivo. Os ditos Diplomas insistem em subordinar os efeitos da prescrição a institutos processuais. A decadência só mereceu tratamento no ordenamento civilístico pós-moderno, assim mesmo sem qualquer regulamentação capaz de encartá-la como fato jurídico extintivo do direito potestativo, como se vê dos arts. 207 a 211.

Para a Lei Civil a prescrição e a decadência - de modo inconcebível - ainda não atingiram a maioria, isto é, a autonomia jurídica. Elas só podem ser declaradas quando houver arremedo de tutela processual para produzir efeitos, vale dizer, quando não for proposta ação, deixar de ser deflagrada a pretensão em juízo ou for aforada demanda por dívida paga. A prescrição e a decadência, consoante normas encartadas na Parte Geral, inexplicavelmente, não são credoras de capacidade para originar a aquisição ou a extinção de direitos. O encarte da usucapião no Capítulo II, do Título II, do Livro III, da Parte Especial, referente ao Direito das Coisas - apenas como modo de aquisição da propriedade e não dos multifários direitos reais - dá a entender que não se trata de prescrição aquisitiva, levando o leitor do Código a relegar ao olvido sua natureza jurídica.

Tudo isso revela o inexplicável oblivio da prescrição e da decadência como fatos jurídicos *lato sensu* pelo Código Civil, o que, numa eventual reforma do ordenamento, se credencia à alteração das suas normas para a consagração da sua verdadeira natureza jurídica. ❖